



POR
D. BEATRIZ
DE OVANDO, MVGER DE DON Iuan Roco Campofrio, Cauallero del Orden de Alcantara.

*** *EN EL PLEYTO,* ***

Con Don Gabriel de Ouando Perero, y Doña Maria de Ouãdo Bezerra, muger de D. Ioſeph Mayoralgo Enriquez, todos vezinos de la Villa de Cazeres,

Sobre los Mayorazgos que fundaron Franciſco, y Pedro de Ovando, hermanos, y ſus agregados.

Impreſſo en Granada, En la Imprenta de Baltaſar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1654.


A PARTE DE D. BEATRIZ de Ovando ha estado hasta la sentencia de vista sin persona que agēciasse el pleyto en esta Corte, ni Abogado, que la defendiesse en Estrados: a cuya causa el memorial con que se sentēciò se hallò estar falto de muchas clausulas, y otras truncadas en lo mas essencial de su justicia. Lo qual reconocido, al memorial se añadiò lo que faltaua, y los Abogados en la reuista alegaron de su justicia: y en este papel se ha procurada darla mejor, y mas claramente a entender. Y asi suplica a V. S. se sirva de passar por los ojos, con toda atenciō, que infra, &c.

ARTICVLO I.

1 ¶ Todos los litigantes desciendē de Pedro, y de Francisco de Ouando, hermanos, y legitimamente vienen a concurrir por los llamamientos a la sucessiō de los dos mayorazgos, que fundaron los dichos Pedro, y Francisco de Ouando, y sus agregados: aunque en el Arbol que se entregò a los señores Iuezes, que lo fueron en vista, se procediò con la misma equiuocacion que en el memorial, pues pusieron en el a Pedro, y a Francisco de Ouando como si no fuessen hermanos, y el apellido, y Armas que vno y otro Fundador pidiò, no fuesse vno mismo.

2 ¶ En este primero Articulo se ha de prouar, que los mayorazgos que fundaron Pedro de Ovando, y Francisco de Ouando el Rico su hermano, con los agregados a vno y otro, no son incompatibles entre si, & per consequens, pueden estar juntos en vna persona, como oy se hallan en la de doña Beatriz de Ovando, que excluyendo a don Gabriel de la pretension, queda sin repuguancia la mas inmediata.

3 ¶ Lo primero, porque asi Pedro de Ouādo, como Francisco de Ovando su hermano, en la fundacion de sus mayorazgos vān a vn mismo fin: Piden vnas mismas Armas, y apellidos, mirando a la conser

 vacion

vacion de la familia de su padre; y lo principal es: *Que este apellido, y Armas no se confunda con otra memoria diferente desta.* Y assi hallandose oy estos dos mayorazgos en doña Beatriz, parece, que trayẽdo las Armas de Ouãdos, y Mogollones, cumple in totum con vn mismo acto, con dos voluntades, cuya causa suya, vltima, y final, es vna misma, sin diferencia alguna: esta doctrina parece conviene con las palabras del Consulto, en la l. si pupillus 21. ff. ad l. falcidiam, ibi: *Vna numeratione, & implet conditionem, & liberatur à naturali obligatione.* Y no es nueuo, aun en el fuero interior, cumplir con vn acto dos preceptos, vt docent Thomas Sanchez, in summ. tom. 1. lib. 1. cap. 14. num. 5. 9. & 11. Diana, tom. 2. tract. 6. Miscel. resol. 86.

4 ¶ El precepto de nombre, y Armas, que puso Francisco de Ouando, està en el memorial, fol. 3 num. 6. ibi: *Y se llame de Ouando, è trayga las Armas de los de Ouando: è assimismo las Armas de los Mogollones.* Lo qual concuerda con la clausula de Pedro de Ouando, Memorial, fol. 7. num. 27. in fin. ibi: *Con tanto, que se llame de Ouando por sobrenombre, è trayga el apellido, y Armas mio, y el medio Escudo que toca a mi linage, que es de Ouando, y Mogollones.* Con que clara y distintamente se conoce ser vna misma voluntad de ambos, sin que tenga distincion alguna, y que assi vno, como otro fundador, pide vnas mismas Armas, y apellidos con ygual antelacion, y preeminencia, grauando a los posseedores sean las Armas, y apellido de Ouando las primeras, *y que trayga a la mano derecha las de Ouando*, que es el grauamen de Frãcisco, con el qual conuiene el de Pedro, que dize: *Prefiriendo siempre las Armas de Ouando en lugar mas principal à otras qualquier Armas que truxere, è tuuiere.*

5 ¶ Todos los Autores que hasta oy han tocado la materia de incompatibilidad, por razon de Armas, y apellido, hablan en caso que sean diferẽtes, y de diuersos linages, de cuya junta nace la confusion de las casas: mas no quando las Armas, y apellidos son de vn mismo linage, y tienen vnas mismas insignias, porque seria cosa agena de toda razon dezir, que por esta causa auia entre ellos incompatibilidad, que solo

se

115

se causa conforme a buena Filosofia, quando inuicem aliqua res cum alia non potest compati, ex l. Titia si nupserit, ff. de condit. & demonstrat. cap. solicitudinem de appellat. ex pluribus Dom. Mol. de Hisp. primog cap. 14. n. 27.

6 ¶ Y para apoyo, y prueua desta propuesta, que parece no se vè tocada en los Autores, ay dos lugares singulares, que dan luz para descubrir esta verdad, y desvanecer las nieblas que la escurecen, el vno es de Mieres de maioratib. tom. 1. part. 2. quest. 7. nu. 101. de cuya doctrina claramente se haze demostracion, de que quando las Armas, y los apellidos de dos casas no son diferentes, si no vnos mismos: no se deue en ellos juzgar diuersidad: antes si es preciso tenerlos por vna misma cosa; lo qual dize no corre, y es diferente, si aunque las Armas sean vnas mismas, los nombres no lo son. Luego siendo Pedro, y Francisco de Ovando hijos legitimos de vnos mismos padres, y teniendo vnas Armas, y apellidos en numero, no se deue quando estan juntas, tener las vnas por diferentes de las otras.

7 ¶ El otro lugar es de Casaneo in cat. gloriæ mundi 1. part. quæst. 48. vers. *Septimus casus*, donde corrobora esta sentencia; y en la conclusion 49. vers. *Aduerte tamen*, dize, que aunque se les añada alguna cosa, como no sea tal que mude la forma en lo sustācial, no es razon tenerlas por diferentes; y en el versiculo *Sequeretur*, lo declara: *Sequeretur ergò ex prædictis, quod si hæc additio non mutaret substantiam speciei, sed sit eadem; quod idem erit dicendum de vna, sicut de alia.*

8 ¶ Con cuyas doctrinas parece, que aqui entra bien la regla, que enseña: *Quod vna eadem res non debet diuerso iure censeri*, ex l. eum qui ædes, ff. de vsucap. cap. cognouimus 12. quæst. 2. cap. quia circa 22. de priuileg. cap. tua 30. de decim. Surd. de aliment. titul. 2. quæst. 15. num. 150. Ceuall. commun. tom. 4. q. 899. num. 36. Y esta regla la explicò elegantemente Bald. in l. 1. C. de seruis fugit. opposit. 3. nu. 4. scilicet, quod vna eadem res non debeat diuerso iure censeri corporali consideratione, que es lo que se vè, y se juzga; non

verò

verò intellectuali, quod repetit Tiraquell. de nobilit. cap. 28. num. 12.

9 ¶ Con que se responde a vna objepcion q̃ se nos puede oponer, de que las fundaciones delos mayorazgos miran a conservar la memoria de los fundadores. Lo primero, que de las clausulas no puede cõstar, antes dellas solo se percibe ser vna la voluntad de Pedro, y la de Francisco, y en ella concurren yguales los llamamientos, y grauamenes de apellido, y Armas, en que cargaron los dos toda la consideracion; y assi dummodo non appareat expresse contraria voluntas, juntas se pueden representar, ex supra relatis, & inferius referendis.

10 ¶ Lo segundo, por que en caso de estar vnidos estos dos mayorazgos, quando se hallasse en algo defraudadas lts disposiciones, no se podia dezir lo era la vna mas que la otra: y no siendo Pedro mas deteriorado que Francisco, y obseruandose ad vnguẽ la principal, y final causa de los dos, que es apellido, y Armas, con las antelaciones, y preeminencias que requirieron, ò grauaron, aun quando por la junta se cõfundiesse, y obscureciesse la memoria, es ygual, y no queda por la concurrencia mas preeminente el vno q̃ el otro. Y no se podrà dezir se causa contrauencion; ex l. cum quidam, ff. de leg. 2. Dom. Molina lib. 2. cap. 14. num. 32. ibi: *Sufficit, quod aliquid benè fiat, quamuis melius fieri possit.*

11 ¶ Lo tercero, porque Francisco de Ovãdo solo mirò, cargò la consideracion, y tuvo por fin principal que se conservassen el apellido, y Armas de su padre sin confusion, ni mezcla de otras, como expressamente lo manifiestan las palabras vltimas de la clausula, que està en el num. 6 de el memorial, sin que aya palabra en todas las clausulas de su fundacion, que declaren otro fin, ni voluntad.

12 ¶ Y mas claramente constarà si atendemos, que prohibiendo la junta de su mayorazgo con el de Lorenço de Vlloa Porcallo, en el num. 5. del memorial al fin, supone, admite, permite, y quiere expressamente se vnan, y esten juntos su mayorazgo, y el de

su

ſu padre en todos los deſcendiẽtes de ſu padre, como lo ſon los hijos de Pedro de Ouando ſu hermano, ſi fuere caſo que lleguen a concurrir en vn ſujeto, como oy en doña Beatriz. Y eſto en caſo que ſe aparten de el mayorazgo del dicho Lorẽço de Vlloa: *E por el conſiguiente, que el que huuiere de auer eſte de mi padre, è mio, è ſus deſcendientes legitimos, no aya, ni pueda auer el del dicho Lorenço de Vlloa.*

13 ¶ Lo qual ſe halla en la diſpoſicion de Pedro de Ouando, que parece todo ſu anhelo mirò a que ſe aumentaſſe ſu mayorazgo, deſeando la conſeruacion de ſu linage, Armas, y apellidos, como ſe vè en el num. 17. del memorial, ibi: *Dando orden, que en nueſtra caſa, eſtado, y apellidos, conſeruen, è ſoſtengan, por que eſto pertenece hazer principalmente a los Nobles, è Hijoſdalgo, para perpetuar el honor, y acatamiento que a ſu Nobleza, è Hidalguia ſe deue, è para ello aunque aya limpieza de ſangre, è virtuoſas coſtumbres, es neceſſario riqueza, y bienes, porque con ella reſplandeze mas la Nobleza, y tienen mayor lugar de ſer exercitadas las obras de virtud, &c.*

14 ¶ Y conſtando, como conſta, tan claramente, que la voluntad de los fundadores fue ſolo ſe conſeruaſſe la memoria de ſu linage, y que no ſe les antepuſieſſen otros apellidos, ni Armas, como ſe vè en dichas fundaciones. Bien vale que pueden concurrir y eſtar juntos eſtos mayorazgos de Pedro, y de Franciſco de Ouando, como oy lo eſtan en la perſona de doña Beatriz de Ouando; pues aſsi con mayor luſtre y decoro ſe conſeruarà eſta memoria.

15 ¶ Aſſentado, como ſe aſsienta por lo dicho, y por lo que abaxo ſe dirà, que los mayorazgos de Pedro, y de Franciſco de Ouando, no ſon incompatibles entre ſi. Agora reſta ver ſi los agregados a los dos principales cauſan incompatibilidad, para que eſtos mayorazgos no puedan eſtar juntos. Y antes de tocar eſte punto, es neceſſario ajuſtar, que el mayorazgo que fundô doña Maria Bezerra, muger de Chriſtoual de Ouando, hijo de Franciſco de Ouando, fue agregado, y no mayorazgo ſepatado.

16 ¶ Y eſto parece dà a entender, y haze in-

 dubi-

dubitable la disposicion de doña Maria Bezerra; pues aunque pide su apellido de Bezerra, llamando como llamò a su hijo mayor, que auia de suceder en el mayorazgo de Christoual de Ouando su padre, es visto solo pidio su apellido despues del de Ouando, y Mogollones, con cuya obligacion y carga auia de suceder en el como primogenito; con que hallandose llamado al principal, como inmediato, se deue juzgar fue llamado a este, como accessorio; y consiguientemente le quiso hazer doña Maria Bezerra agregado del mayorazgo de su marido, ex Authent. si quis in aliquo, C. de ædendo, l. si quis 36. ff. de hæred. instit. Parlador. lib. 2. rer. quot. cap. fin. 1. part. §. 12. limit. 3. num. 24. cum duob. seqq. Dom. Castill. tom. 7. de tertijs debitor. Regibus, cap. 5. num. 5. & 16. Giurba decis. 10. numer. 15. Ceuallos tom. 1. q 24. à nu. 1.

17 ¶ Y quando esta consideracion no corriera, bastara auerlo assi interpretado la obseruancia inconcusa que ha auido en la sucession destos dos mayorazgos, que siempre han andado juntos despues q̃ fundò doña Maria Bezerra, teniendole siempre, como se ha tenido, por agregado de el de Francisco de Ouando: lo qual bastara para desvanecer qualquiera duda que aliàs pudiera obscurecer esta verdad; pues la interpretacion que la obseruãcia acredita, se tiene por la mejor, y mas segura, y que necessariamente se ha de seguir, l. si de interpretatione, ff. de legib. l. semper in stipulationibus, ff. de regul. iur. l. testatrix, § plures, ff. si seruitus vindicetur, cap. cum dilectus de consuetud. Tiber. Decian. lib. 4. cap. 16. num. 35. Dom. Valenç. lib. 1. cons. 97. à num. 204. late Dom. Castillo libr. 5. cap. 93. §. 7. per tot. Menoch. lib. 4. cons. 390. nu. 20. Rota 1. part. diuersor. decis. 574. num. 3.

18 ¶ Esto supuesto, parece que Pedro, y Francisco de Ouando su hermano, estan conformes en las clausulas de sus mayorazgos, y que por esta razon no tienen incompatibilidad entre si. Agora resta ver si repugnan, que se junten, y vnan a los dichos dos mayorazgos de Pedro, y Francisco de Ouando, las agregaciones; scilicet, si el de Pedro repugna, se le

junte la agregacion de el mayorazgo de doña Maria Bezerra al de Francisco de Ouando, y si el deste tiene la mesma repugnancia con los agregados al de Pedro; y si por esto se pueda dezir, son incompatibles quando por las fundaciones principales no lo son.

19 ¶ Para lo qual ante todas cosas se propone la dificultad que hazen las palabras de la clausula de Francisco de Ovando en el num.6.del memorial, ibi: *E que no traygan otras armas, ni apellidos, ni los mezclen*, de las quales pretende la parte contraria nace la incompatibilidad que se deue considerar entre estos dos mayorazgos; pues quando el de Francisco de Ouãdo no tenga repugnancia para que se le vna, y llegue el de Pedro de Ouando su hermano, que pide las mismas Armas, y apellido, que son de Ouando, y Mogollones; parece la tiene con el agregado de doña Francisca de Paredes, que pide por apellido y Armas Perero, y Paredes; y Francisco de Ouando quiere no se junten cõ las Armas de Ouando, y Mogollones otras algunas; y de juntarse nace la incompatibilidad, ex traditis à Dom. Molina lib. 2. cap. 14. num. 26. Surd. decis. 270. num. 9. Gutierrez lib. 2. Canonic. cap. 14. n. 12.

20 ¶ A lo qual se responde, que la doctrina del señor Molina, y demas Autores, procede en caso que el fundador grauò expressamente a los successores, mandando les traxessen solo el apellido, y Armas sin mixtura de otras Armas, ni insignias, palabras duplicadas, y geminadas, que declaran mas la voluntad absoluta, l. Balista, ff. ad Trebell. que demuestra no auer querido el fundador, que los sucessores de su mayorazgo traxessen otras Armas, ni apellido que el suyo, mas no corre en el caso presente, porque Francisco de Ouando solo mirò, y quiso à que antes de las Armas de Ouando no se pusiessen otras, como lo dà a entender la clausula, num. 6. del memorial, ibi: *E traygan a la mano derecha las de los Ouandos*: y dezir *no traygan otras Armas, ni apellidos, ni los mezclen*; es querer no se trayga primero que el apellido, y Armas de Ovando, otro apellido, y Armas, y que entre las Armas de Ouando, y Mogollones no intercedan, ni se pongan otras

Armas,

Armas, que esso significa la palabra, *mezclen*, ex l. rerũ mixtura de vsucap. l. 23. § sed etsi, ff. de reivindicat. & argum. text. in l. filius familias, §. Diui Seuer⁹ el 2. ff. de leg. 1. Dom. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 32. Ioann. Gutierrez lib. 3. pract. q 16. n. 105.

21 ¶ Con que teniendo la clausula este sentido claro en fauor de doña Beatriz, que por posseedora le basta la prouabilidad, para que no se juzgue ay incompatibilidad entre estos mayorazgos que oy tiene vnidos; no se deue altercar sobre la voluntad, ni hazer question; pues es cierto le falta a doña Maria la euidẽcia, que es la que necessita para apoyo de su pretensiõ, ex l. Lucius, §. quæsitum, C. de incertis, l. si plures 24. ff. de vulgar. l. non aliter, l. ille, §. cum in verbis, ff. de legat. 3. cum vulgat. & ibi Cuiac. Fussar. de substitut. quæst. 68. num. 2. Dom. Castill. lib. 3. rer. quot. c. 15. n. 22. cum seqq.

22 ¶ Y assi parece, que quando la junta de otras Armas no quita la preeminencia, no es visto mudarse la condicion; antes si està cumplida con mayor lustre, vt in simili probat text. in l. falsa demonstratio, §. sed si qui, ff. de condit. & demonstr. ibi: *Honor eius auctus est, non conditio mutata*: plura tradit Ceuall. tom. 3. cõmun. q. 828. n. 221.

23 ¶ Con que siendo vna misma la intencion de los dos fundadores, cessa la causa de prohibicion, y consiguientemente lo dispuesto por ellos, ex cap. cum cessante de appellat. Y mas siendo hermanos, fuera repugnancia manifiesta, y correccion in cõtinenti, que no deue presumirse, que se entendiesse la prohibicion en las mismas que el grauaua a sus sucessores que truxessen, ex l. non ad ea 89. ff. de condit. & demostrat. Anton. Faber decad. 97. errore 2. cum duobus seqq. Dom. Molin. lib. 4. cap. 11. num. 24. Mier. 4. part. quæst. 23. num. 43. Azeued. in l. 3. tit. 10. lib. 4. Recop. num. 141.

24 ¶ Rursus, porque assi como la nobleza q̃ les viene a los hijos de parte de su padre, se acrecienta, y califica con la nobleza de parte de madre, l. 3. tit. 21. part. 2. Padilla in l. naturalis, ff. de prescript. verbis, n. 7.

assi

asſi tambien el juntar con el nombre, y Armas de padre noble otro nombre, y Armas tambien de madre noble, no ſolo no detrae la familia del padre, ni la de la madre ſe obſcurece; antes ambas ſe engrandecen, y hazen mas iluſtres, vt pulchrè probat Ioſeph. de Ruſticis in commentar. ad text. in l. cum avus, ff. de condit. & demonſtr. lib. 3. cap. 1. num. 101. his verbis: *Tamen paternæ nobilitati, ſi materna etiam adiiciatur; ipſa paterna nobilitas ſplendidior, illuſtrior, locupletior, clariorquè redditur: innobilitas autem minus obſcura, minuſquè abiecta propter matris nobilitatem.* D. Caſtill. lib. 5. c. 180. n. 19.

25 ¶ Fortificaſe eſte diſcurſo con advertir, que la voluntad de Franciſco de Ouando ſe ha de entender de forma, que la razon natural, y conjuncion de la ſangre no repugne; como lo fuera ſi no auiendo prohibido la junta de ſu mayorazgo con otro, y ſiendo de ſu miſma ſangre, y linage, Armas, y apellido el mayorazgo de Pedro de Ouando, y doña Franciſca de Paredes, los aborreciera, y rechazara, eſpecialmente ſiendo tan nobles: *Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimatione͂, & verecundiã noſtrã, nec facere nos poſſe credendum eſt*: ex ratione text. in l. iuris gentium 7. §. Prætor ait, ff. de pactis; pues ſucediendo eſte caſo, quedaria ſin cauſa, para que por eſta razon no pudieſſe ſubſiſtir; ita Peregrin. de fideicommiſſ. artic. 55. num. 57. Fontanel. de pactis, gloſ. 25. clauſul. 4. num. 55. Faber decad. 87. errore 10. Dom. Lara lib. 1. cap. 8. Ceuallos communium, queſt. 828. num. 149. ſi enim aliud voluiſſet teſtator expreſiſſet, ex l. vnica, §. ſin autem, C. de caduc. tollend. cum vulgat.

26 ¶ Y ſi huvieſſe alguna duda en las palabras de la fundació, ſe deueria interpretar contra quiẽ las puſo, y pudo ponerlas con mas claridad, ad quod facit, quod ait Molin. de iuſtit. & iur. diſput. 615. nu. 6. ibi: *Sibi imputari debet, quod id ſufficienter non expreſſerit*, l. veteribus, ff. de pactis, l. quidquid adſtringendæ de verbor. obligat. Hieronym. Grato libr. 2. reſponſ. 156. num. 43. ibi: *Præterea non ita ſupinè intelligitur illud dictũ, ſed debet limitari, & reſtringi, quando ratio, & mens teſtatoris aliud dictaret: quia tùnc non ſolum diſpoſitio habet locum in ca-*

ſu; quem verba non comprehendunt, ſed in caſu cui verba repugnant. Tiberius Decian. lib. 1. reſponſ. 15. num. 14. ibi: *Quæ quidem ratio ſi verbis repugnaret, potius eſſet attendenda, quam verba*. Franciſcus Beccius conſ. 41. nu. 6. ibi: *Ratio enim diſpoſitionis tanquam anima regulat, & ampliat diſpoſitionem, & plus poteſt ſola ratio, quam diſpoſitio ipſa*. Dom. Mol. lib. 1. cap. 5. num. 7. D. Vela diſſert. 7. à n. 19. & diſſert. 10. n. 95.

27 ¶ Quod etiam procedit in legalibus diſpoſitionibus, l. 2. §. ſi mater ad Tertulian. ibi: *Verba reſcripti deficiunt, ſed dicendum eſt eandem eſſe rationem*. Et ibi: *Puto licet verba deficiunt, ſententiam conſtitutionis locum habere*. l. ſi quis adulterium, §. 1. ff. ad legem Iuliam de adulterijs, ibi: *Ex ſententia legis tenetur, quamuis verbis legis nõ continetur*, l. ſi ſcire, §. aliud, ff. de excuſat. tutor. ibi: *Sed ſi maximè verba legis hunc haberent intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult*. Gutierrez de iurament. confirm. 3. part. cap. 2. num. 8. Surdus conſ. 67. num. 21. D. Vela vbi proximè, quod in pœnalibus etiam, & correctorijs procedit, Dom. Caſtill. tom. 6. cap. 169. per tot. Dom. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 11. Ademas, porque como dixo Ceuallos d. q 828. *Eſſet repellere diuitias à domo tua*.

28 ¶ Eſto miſmo ſe halla en Pedro de Ouando, porque auiendo pueſto el grauamen de nombre y Armas en el num. 27. del memorial al fin, diziendo: *Con tanto que ſe llame de Ouando por ſobrenombre, è trayga el apellido, y Armas mio, y el medio Eſcudo que toca a mi linage, q̃ es Ouando, y Mogollones*. Añade: *Y prefiriendo ſiempre las Armas de Ouando en lugar mas principal a otras qualeſquier Armas que truxere, y tuuiere*. De donde claramente ſe conoce ſolo prohiben los fundadores, no ſe antepongan otras Armas a las de Ouando, no la junta a eſtas, y es mas expreſſo en el num. 31. del memorial, ibi: *Porque nõ queremos que eſte apellido y Armas ſe confunda con otra memoria diferente de eſta*. Mas aunque ſe traygan las de Ouando con otras diferentes en vn miſmo Eſcudo, como ſea en quartel ſeparado, mejor, y de mano derecha, no puede dezirſe que ſe mezclan con otras, ni ſe confunden; antes ſi en concurrencia de todas han de

tener

tener siempre muy preeminente lugar, y le estan reconociendo al apellido de Ouando por superior, con que se engrandece mas la familia, Auth. defensoribus ciuitatum, §. nos igitur, collat. 3 ibi: *Quanto enim quilibet præest melioribus, tantum ipse maior, & honestiores.*

29 ¶ Y mas aumentandose con la prelació de la dignidad, y preeminencia las riquezas, que es la causal de Pedro de Ouando, y doña Francisca Paredes: *Es necessario riqueza, y bienes, porque con ella resplandece mas la nobleza, y tienen mayor lugar de ser exercitadas las obras de virtud*; que es lo que dize el texto en la ley quilibet, C. de Decurion. ibi: *A nobis, quibus propter loci dignitatem rerum summa commissa est.* Y mas expressa la glosa, verbo, *ad subeunda*, ibi: *Vt honorem cum sumptu seruet.* Tiberio Deciano cons. 7. num. 26. ibi: *Ne per diuisionem bonorum pauperior fiat, & vilescat familia.* Porque como dixo el Consulto en la ley 1. ff. solut. matrim. *Ad sobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, maximè sit necessarium.* Gama decis. 1. num. 6. cum alijs, Immola cósil. 167. num. 29. Menoch. cons. 51. num. 11. Tiraq. de nobilit. cap. 20. num. 51. cum duobus seqq. Grammat. decis. 64. per tot. Gratian. discept. 298. num. 34. Hermos. in princip. glos. 1. à n. 2.

30 ¶ Y en estos terminos quando no ay palabras que euidentemẽte prohiban la junta de otros, la està admitiendo el señor Molina, y dize, no se contrauiene al precepto del fundador, lib. 2. cap. 14. nu. 30. ibi: *Item, is qui nomen, & arma alterius deferre iussus fuit, clarissimum est, quod adimplet maioratus institutoris præceptũ, nomen, & arma deferendo, & si aliud nomen, & arma illis adiungat.* Y en el num. 31. dize, siempre se ha obseruado assi, ibi: *Hucusque obseruatum fuit, vt omnes maioratum possessores pro suæ vtilitatis arbitro nominibus, & insignijs institutorum, alia nomina, atque insignia frequenter adiciant: præsertim si ex aliorum maioratuum dispositionibus ad id teneantur.*

31 ¶ Vlterius, porque assi como es justo cũplir el grauamen de nombre, y Armas, ex l. facta, §. in danda, & ibi Gotofredus, ff. ad Senat. Consult. Trebell. l. hoc iure, §. fin. ff. de donation. & ibi DD. Dom. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 10. Mier. de maiorat. 4. p. quæst. 4.

quæst.4.illat 8.num.1.Peregrin. de fideicommiss. artic. 11.num.121. Asi tambien lo es, que se permita a el sucessor la junta de otros, y que no sea visto contrauenir al principal, vt post relatos tenent Thesaur. decis.270.à num.9. Francisc. de la Puente cons.4.à n. 1. Purpurat.tom.1.cons.226.n. 2.

32 ¶ Y no teniendo los agregados repugnãcia, como no la tienen para andar, y estar juntos con los mayorazgos de Francisco, y Pedro de Ouando, para que conservandoles en su preeminente, y mejor lugar, los apellidos de Ouando, y Mogollones puedã juntarse, y vnirse cõ ellos; aunque por esta junta se deuan poner subsequentes, y en inferior lugar otros apellidos, y Armas diferentes. Resta ver, pues no se induze por este primer punto incompatibilidad, ni repugnancia para la concurrencia; si los dichos agregados la tienen para vnirse todos sin diuision con los principales, ò ellos seràn bastantes a hazer a estos incompatibles.

33 ¶ De donde se infiere, que siendo, como son agregados, es legitima consequencia; que ayã de seguir la causa, naturaleza, y condicion del mayorazgo a que son vnidos; debaxo de cuya disposicion se sometieron, y no se ha de atender al agregado, si no es despues de cumplida la voluntad de el principal, cum quo confunditur, & conuertitur, l. si non sortem 26. ff. de condit. indebit. l. si ex toto 8. l. grege 21. ff. de leg. 1. l. 1. l. legata, ff. de adim. legat. Ant. Fabr. lib. 7. rat. tit. 6. & lib. 4. tit. 27. Donel. lib. 5. comment. cap. 5. & ibi Osuald. litter. D. Las quales agregaciones juntas, adjecciones, ò aumentos ciuiles, se equiparan a los naturales, l. 24. §. pen. ff. de legat. 1. l. 62. ff. de rei vindicat. Gregor. Lop. in l. 2. tit. 15. part. 2. verbo, *El mas propinquo*, Dom. Castill. lib. 5. cap. 67. nu. 28. Ceuall. quæst. 265. à n. 13.

34 ¶ Vndè, hecha la agregacion, solo se ha de atender a el principal con quien se vne; & per consequés se juzga vn cuerpo integral, è indiuiduo; y asi a quiẽ le pertenece el principal, le pertenece juntamẽte el agregado, l. an pars 3. ff. pro derelicto, l. vulgaris

21. ff. de furt. D. Valenç. to. 1. illuſt. tract. 1. cap. 1. n. 5 in fin. l. 8. C. de iure dot. ibi: *Conſequens eſt, vt id, quod additamenti cauſa in dotem datum eſt, eadem actione repetatur*, l. ſi intra ſocerum, §. fin. ff. de pact. dotalib. ibi: *Nec ſeparabitur portio dotis additamenti cauſa facta.* Conque no teniendo los mayorazgos de Pedro, y Franciſco de Ouando incompatibilidad entre ſi, por razon de los apellidos de Ouando, y Mogollones, conſtando, que los dos no piden otros, no deue induzirſe la incompatibilidad por los agregados, Dom. Caſtill. lib. 3. cap. 10. nnm. 9 & lib. 5. cap. 128. num. 20. Mier. 2. part. q. 5. & 3. part. quæſt. 8. num. 17. Gonçalez ad reg. 8. Cancellar. gloſ. 5. §. 7. num. 3. Y eſto procede, aun quando los agregados fueſſen de mayor valor que los principales, §. ſi tamen, Inſtit. de rer. diuiſ. & ibi DD. ni en eſte caſo puede darſe ſeparacion, l. ſi ſtichum 39. §. fin. & ibi gloſ. ff. de fideiuſſor.

35 ¶ Præterea, porque ſi por razon de los agregados ſe huuieſſe de cauſar la incompatibilidad, ſiguieraſe, que *vna eadem portio locum principalis, & locum acceſsionis obtineret, quod eſt impoſsibile*, ex l. eum qui ædes, ff de vſucap. cum ſimilibus, rectè explicat Cuyac. lib. 29. quæſt. in l. in ratione 11. §. quæſitum, ff. ad l. falcidiam.

36 ¶ Præcipuè, quando todas las clauſulas de doña Franciſca Paredes eſtan cediendo a la voluntad de ſu marido, que auiendo grauado a los ſucеſſores de ſu mayorazgo con los apellidos, y Armas de Ovando, y Mogollones, ſin hazer mencion de otros, ſe le ſigue ſu muger, mandando que ſuccedieſſe en el vinculo que ella fundaua el ſuceſſor de ſu marido, vt patet: *Iuntamente con el meto, è incluyo en el dicho vinculo de mayorazgo.* Y deſpues mas adelante dize: *A propoſito de juntar mas hazienda con la que el dicho Pedro de Ouando mi marido y ſeñor le dexa. Los quales aya por el dicho titulo de mayorazgo, juntos, vnidos, è incorporados como vna coſa, indiſolubles, è inagenables, para que los tenga por el dicho titulo, è vinculo, è con las condiciones, è por la orden, è prelacion que por el dicho Pedro de Ouando mi ſeñor y marido aqui và diſppueſto. E porque aquel miſmo nombramiento, y llamamieneo yo hago a mis bienes;*

que

que aßi dexo en este dicho vinculo, como si de verbo ad verbum en cada una persona de nuestros descendientes por el llamados lo pusiesse, &c.

37 ¶ Pues siendo esta, como notoriamente es accession: *Principalem augere, & replere commodè valet: ipsam autem per principalem augeri, & repleri absurdum eßet; cum ex hoc sequeretur principalem rem acceßionis ius sequi, & illius esse acceßionem*: contra textum in l. quod per manus 10. ff. de iur. codicil. l. in rem 23. §. in omnibus, ff. de reiuindicat. l. cum aurum 19. §. simili modo, & §. perueniamus, ff. de aur. & arg. legat. D. Valencia tom. 1. tract. 1. cap. 7. n. 4.

38 ¶ Todo lo qual se confirma con que doña Francisca Paredes expressamente ante todas cosas grauò a sus sucessores con el apellido, y armas de Ouãdo, y Mogollones, y despues con el de Perero, y Paredes, porque en el num. 30. del mem. dize, que aya de traer el sucessor el apellido, y armas de Ouando en lugar mas principal a la mano derecha, y en este mismo lado debaxo las de los Mogollones, y en el lado izquierdo del escudo Pereros, y Paredes, y esto dispone aun quando en caso de faltar la sucession de Pedro de Ouando su marido, aparta, y desune su agregado, que con essa condicion le llega, y llama a Garcia de Paredes su sobrino, y haze otros llamamientos en sus trãsversales, aquienes no toca el apellido de Ouando, y Mogollones, y les pone por grauamen principal que los ayan de traer, como lo puso a sus descendientes, como consta del num. 34. y 35. del memorial, y dandoles mejor lugar en el Escudo a los Mogollones, no parece se le quiso quitar, ni le repugna con dezir se llame Ouando y Perero, porque tambien el apellido de Paredes de que vsaua, y traia primero, lo pone en los llamamientos la dicha doña Francisca de Paredes inferior al de Perero, siendo assi, que quando se nombra, solo se dize Paredes.

39 ¶ Y esto se corrobora mas, atendiendo, que Pedro de Ouando, hablando por si en el numero 27. del memorial, a el fin de el dize, que traygan Ouãdo, y Mogollones. De forma, que aunque en el numero

mero

mero 30. del memorial en el nombrar al hijo, hablen juntos, diziendo se llame Ouando, y Perero, no consta quisieron derogar aquella primera voluntad; porq antes al fin desta clausula le dan a las Armas de Mogollones preeminente lugar a las de los Pereros, y Paredes, que es confirmacion de aquella primera voluntad.

40 ¶ Deinde, que aunque doña Francisca de Paredes despues de grauar a los sucessores con los apellidos, y Armas de Ouando, y Mogollones; pidiō Perero, y Paredes, y atendiendo a aque es agregaciō; se deue considerar, el grauamen respectiuamente fue a los bienes que vinculò, de los quales no consta, y de los de Pedro de Ouando si, los quales fueron ciertos, suyos propios, como consta del memorial, en el num. 19. assi que esta disposiciou no puede alterar la principal, tam ex defectu potestatis, l. cum filius, ff. de testament. militar. ibi: *Quia hæreditati quidem suæ miles, quā vellit substitutionem facere potest: verumtamen alienum ius minuere non debet*, Emanuel Costa in cap. si pater de testament. lib 6. pag. 9. num. 8. & 15. & pag. 504. num. 51. quam ex voluntatis defectu; pues cada vno de los testadores dispuso de sus bienes, & actus agentium non operantur vltra intentionem operantium, l. non omnis 19. ff. de rebus credit. l. ego, C. de transact.

41 ¶ Demas, de que caso que se defraudasse la voluntad de doña Francisca Paredes en no poner inmediato al apellido de Ouando el de Perero, por razon de agregado, no obsta no se cumpla en todo su voluntad, basta lo estè la del principal, que lo fue primera tambien de doña Francisca Paredes; por que aliàs se seguiria que fuesse mayor la causa, y condicion del agregado, ò igual al principal, cōtr. l. vlt. §. cū mihi, ff. de verb oblig. l. obligationem, §. accessio, ff. de oblig. & act. Cuiac. lib. 15. quæst. Pauli, in l. 98. §. mihi Romæ, ff. de solut. Y assi todo el grauamen que contradize al principal es nulo, l. sed etsi 11. ff. de stipul. seruor. ibi: *Puto adiectionem solam esse inutilem*, cap. vlt. ff. de reg. iur. lib. 6. l. fin. ff. de iur. codicil. l. sed si, ff. de contrah.

trah. empt l. 8. ff. si pars hæred. petat. Riccio decis. 134. num. 4. Surd. cons. 101. num. 4. & decis. 150. n. 13. Hermos. in l. 52. tit. 5. glos. 7. num. 22.

42 ¶ Ni menos por no cumplir esta segunda voluntad, podria darse separacion de el principal, l. in rem 23. §. sed et si, ff. de rei vindicat. ibi: *Reddire ad proprium dominum non posse* Et ibi: *Non posse dici brachium tuum esse, sicuti non potest lignum ædibus alienis iniunctum*, l. 1. C. de aqua quot. & æstiua, ibi: *Quod verum est, quia pecora separari non possent*, l. adeò, §. cum in quo, ff. de adquir. rer. domin. & ibi DD. Y aunquando fuesse hecha la agregacion con engaño, y malicia de el fundador del principal, ex dicta l. in rem, §. item, ff. de rei vindicat. Ant. Fab. lib. 6. ration. tit. 1.

43 ¶ Tambien se compadece la concurrencia del agregado de Bezerra con el de Paredes, y Doña Vsenda Bazan, que agregò sin grauamen de Armas, ni apellido; porque no es nueuo, que dos accessorios diferentes, vno trayga a si al otro, y puedan juntarse, ex l. qui fundum 42. §. in l. ff. de contrah. empt. Y en este caso, el de Bezerra cederà al de Paredes en la antelacion de Armas, y apellido, por ser este mas antiguo, ita Dom. Mol. lib. 2. cap. 14. n. 36.

44 ¶ Deniquè para concluir este articulo, caso que la disposicion de doña Francisca Paredes pidiesse cō su marido estos quatro apellidos: no de aqui se infiere, que no trayendolas el sucessor, gradatim, todas, sin que falte alguna, no pueda posseer este mayorazgo; porque solo se pudiera excluyr en caso de dexarlas de traer todas, demanera que no traxesse el possèèdor algunas dellas; pues la priuacion de no traerlas, solamente se refiere al caso, ò contingēcia de no traer ningunas, ò por lo menos de no traer las mas principales de Ouando, y Mogollones.

45 ¶ Vltra de que la pena de priuacion que se trata en la clausula, que està en el num. 9. del memorial; la qual se puso truncada en el primero, conque se determinò este pleyto, se refiere, como por ella se vè, a los delitos, y defectos, que los testadores dispusierō,

que

que no auian de tener; ni auer cometido los ſucceſſo-res,cum debeat referri ad immediate pręcedentia, y a lo que principalmente trataron de prohibir, ex l. talis ſcriptura,§.fin.ff.de leg. 1.l.fin.§.titia,in fin.de liberat. legat.vbi Bart.& DD. Surdus conſ. 220. num.24.& conſ.379.nu.2. Tuſch. concluſ. 291. verſic. *Clauſulas*, per totum.

46 ¶ Ni la contrauencion en lo menos principal ha de conſiderarſe;ſed tantum,en lo que principalmente ſe diſpuſo,que fue el apellido de Ouando,y Mogollones ſe conſervaſſe,vt in l.1.ff. de auth. tutor. Menoch.de præſumpt. lib.4. pręſumpt. 110. nu.36. Mieres 2.part.quæſt.4.illat.8. num. 27. vbi plura adducit.

47 ¶ Y aunque ſe conſerue mejor la memoria de los fundadores,trayendo ſolas ſus Armas,y apellidos,baſta para que puedan traerſe juntos,que ſin repugnancia ſe puedan conſervar,arg.l. cum quidam de leg.2.Dom.Molin.lib.2.cap.14.num. 32. ibi: *Nam quamuis negari non poſsit,quin melius conſeruetur memoria, ex nomine,& Armis ſimplicibus, quàm mixtis: illud tamen certiſſimum eſt ex nomine, & Armis mixtis, memoriam vtriuſque inſtitutoris conſeruari,& ſufficit,quòd aliquid bene fiat; quamuis melius fieri poſſit.*

48 ¶ Eſpecialmente no auiendo expecificado en la clauſula el caſo de que por no traer las Armas,y apellidos todos enteramente, y dexar de traer qualquiera de los que pidieron,paſſaſſe la ſuceſsion al ſiguiente en grado; ſed tantum requiriendoſe eſtas armas, y en caſo de no traerlas,pueſto la pena de la excluſion;con que es neceſſario, que ninguna de ellas ſe trayga,para que la pena de priuacion ſe execute, y llegue a tener lugar,l.ſi quis ita 129. ff. de verbor. oblig. ibi: *Exigendum erit, vt neutrum factum ſit*,l.ſi hæred.plures.ff.de condit.& demonſtrat.l. ſi quis ducenta 13.§. cum ita 2.ff.de reb.dub.ibi:*Vtrumque eſt faciendum,ne ſtipulatio committatur; ideſt, ſiue alterum, ſiue neutrum factum ſit,tenebit ſtipulatio*,Dom. Molin. lib.2. cap.12.nu. 31. & eius Addentes,lib.2.cap.13.nu. 18. Mieres 2 part. q.4.illat.8.à n.200.D.Larr.deciſ.48.nu.21.

49 ¶ Sin que a esta inteligencia obsten las palabras de la misma clausula, ibi: *En la manera que dicho es*; porque se refieren al lugar en que se auiã de poner, y modo con que se auian de traer las Armas, y vsar de el apellido; non vero se induze de ellas mas precisa necessidad, ni obligacion de los sucessores, que la que se colige de lo restante de la clausula, en que se mandan traer accessoria, y menos principalmente, sin que por la contrauencion passe la sucession al siguiente en grado, como passaria, si las mas principales, ò todas juntamente dexassen de traerse: porque como regularmente todos pueden traer qualesquier Armas de sus padres, y descendientes, mientras que no se halla, que estan prohibidas; y que en caso de no traerlas todas, estan priuados del emolumento, y llamamientos que el testador les concediò, se ha de juzgar siempre, que pueden gozar dellos, dexando de traer algunas.

50 ¶ Y se haze aun mas indubitable esta cõsideracion, atendiendo a que por las clausulas antecedentes a esta estàn llamados los hijos mayores, y sus descendientes, con prelacion de las hijas mayores a las menores: y consiguientemente tiene expresso, y anterior llamamiento doña Beatriz, como hija de D. Antonia de Ouando, hermana mayor, con prelacion a doña Maria de Ouando su hermana segunda, sin calidad, ni condicion alguna, ni obligacion de traer apellido, ò Armas. Vnde, para que se entienda, que los testadores quisieron alterar, y reuocar este llamamiẽto anterior, que ellos le dieron, y el llamamiento legal, que por hija de hermana mayor tiene doña Beatriz, representando a doña Antonia su madre; es necessario, que expressa, y literalmente se halle reuocado, ex iurib. relatis num. 21.

51 ¶ Neque potest intelligi, reuocada, ò mudada la disposicion anterior, menos, que en caso de dexar de traer todas las Armas juntas, que los fundadores pidieron que truxessen, como queda arriba dicho; ni serà legitima ilacion dezir, en caso de no traer todas las Armas juntas, se excluye al sucessor; luego en caso de no traer algunas, està excluydo a si mismo;

el

el qual es argumẽto de maiori ad minus, affirmatiuè, que no vale, ni del se puede inferir consequencia legitima, ni pudiera verificarse la verdad de esta proposicion: no traer las armas de Ouando, y Mogollones, Pereros, y Paredes (que es el caso en que està puesta la priuacion de vno destos mayorazgos, ò su incompatibilidad) en quien truxesse, ò pudiesse traer, sin prohibicion algunas dellas: especialmente trayendo las Armas principales, y siendo esta disposicion penal por defecto de traerlas, vt probat text. in cap. suam de pœnis, l. si seruus 9 ff. si quis caut. ibi: *Licèt vnus status non sit, Labeo ait: Quia verum sit omnes status non esse*, l. si procurator, l. 8. ff. rem ratam haberi, Iul. Pacius, Centur. 1. quæst. 79. Tusch. conclus. 377. nu. 53. & conclus. 374. nu. 3. verbo, *Mora*, Gratian. cap. 307. num. 10. Gutier. de iuram. confirmat. 3. part. cap. 17. Pereyr. decis. 119. num. 23. versic. *Secundo ampliatur*.

52 ¶ Vltra de que, ni aun las Armas de Pereros, y Paredes son distintas de las de Ouãdos, y Mogollones; pues tenian las vnas, y las otras, Pedro de Ouando, y Francisco de Ouando, fundadores destos mayorazgos, por sus abuelos maternos, y abuela Paterna, con quien sus padres, y abuelos de la varonia de los Ouandos, auian casado, y estauan emparentados, hallandose ya en sus personas estos apellidos, aunque no vsauan de ellos, por ser los de Ouando de su varonia. Vndè la disposicion que hizieron de que sus Armas no se mezclen con otras, no se ha de entender de aquellas mismas que ya concurrian en sus personas, y necessariamẽte auian de concurrir en sus hijos, y descendientes. Cum in generali dispositione intelligatur semper, excepta persona loquentis, l. inquisitio 18. C. de solution. vbi tradunt DD. Y porque no se deue presumir, que auian de reprouar, y tener por indecente en sus hijos lo que en sus mismas personas les era fuerça admitir, y no podian reprouar, vt in l. in arenam, C. de inofficios. testament. & ibi DD. Y la prohibicion de Armas, y apellidos, se deue entender siempre de las otras familias diferentes, con quien pudieran confundirse, y no de las proprias, con quien assiste la

con-

conũeniencia de ſu mejor conſeruacion, ex iam dictis.

53 ¶ Et cum magis, occulta fide, quam per aures animis hominimum inſingatur, l. ſi de interrumptione, § 1.ff.fin.regund.l. 16.vbi Azeued.tit.5. lib. 3.Recop.Dom.Lara de Capell.lib.1.cap. 10.à n. 35. Le pareciò conueniente a la parte, que ſe hizieſſe deſcripcion de las Armas, delineandolas en el principio deſte papel, para que ſe conozca, que ſon las miſmas, y que no ſe confunden, ni mezclan, ni ſe contrauiene a la voluntad de los fundadores; pues ſe traẽ en la forma que diſpuſieron.

54 ¶ Ex quibus omnibus, parece no tener repugnancia, ni incompatibilidad alguna eſtos mayorazgos entre ſi, & per conſequens pueden concurrir juntos con ſus agregados, como oy ſe hallan en la perſona de doña Beatriz de Ouando.

ARTICVLO II.

En que ſe excluye la perſona de don Gabriel de Saauedra de la ſucceſsion deſtos mayorazgos.

55 PRetende Don Gabriel de Saauedra, menor, le pertenece la ſuceſsion de eſtos mayorazgos, por hallarſe con el derecho, y prerrogatiua de primogenitura, por ſer hijo legitimo de don Gabriel Arias de Saauedra, hermano de doña Antonia de Ouando, madre de doña Beatriz. Y aunque por eſta razon tiene expreſſo, y anterior llamamiento, que ſe lo confeſſamos: eſtà impedido, è incapaz de ſuceder en eſtos mayorazgos; lo qual ſiempre ſe ha reconocido por cierto, y aſsi con breuedad ſe tocarà lo mas eſſẽcial, y que mas conduze para excluirle de eſta pretenſion, dexando ſentado por primer ſupueſto

puesto la incompatibilidad que ay entre el mayorazgo de los Saauedras, y los de los Ouandos, en que todas las partes van conformes.

56 ¶ Lo primero que tiene contra si D. Gabriel, es la cedula de transaccion, que està puesta en el memorial, fol. 19. num. 61. la qual hizo don Gabriel Arias de Saauedra su padre, el año de 1629. a fauor de doña Antonia de Ouando, hermana del dicho Don Gabriel Arias, y madre de doña Beatriz, en la qual se aparta por si, y por sus sucessores, y descendientes que tuviere, de el mayorazgo de Francisco de Ouando el Rico, y su agregado, y lo cede a la dicha doña Antonia, para si, y para sus descendientes; por quanto reconoce, que es inmediato sucessor al mayorazgo de los Saauedras, que por entonces lo posseìa su padre, y assi èl desde luego lo elegia para suceder en el, y renunciaua, y traspassaua el de el dicho Francisco de Ouando en la dicha su hermana doña Antonia.

57 ¶ De que resulta, que la misma razon q̃ entonces huvo para que don Gabriel Arias de Saauedra dexasse passar estos mayorazgos, milita oy en D. Gabriel su hijo, por hallarse inmediato a los mayorazgos de los Saauedras. Lo vno esto. Lo otro, por perjudicarle la cedula que hizo su padre, y le obsta aquella transaccion, ò reconocimiento de mejor derecho, vt in cap. licet de symonia, ibi: *Non expectata sententia, quasi male conscius sibi cesset*, l. destitisse, ff. de iudicijs, ibi: *Nollens se improba perseuerare lite*, cum etiã eis, qui alieno nomine negotia administrãt, permissum sit agnoscere bonã fidem absque eo, quòd dicentur præiudicium alijs inferre, Padill. in l. Præses, C. de transact. num. 25. Ioann. Garcia de nobilitat. glos. 3. §. 1. num. 30. y mas auiendo elegido el mayorazgo de su varonia mayor lustre, autoridad, y rentas, sin que pueda alegar el hijo lesion alguna, cum non videatur circumscriptus, qui iure vtitur communi; y antes pudiera alegarla, si quãdo eligiò don Gabriel su padre, eligiera el de los Ouãdos, y renunciara el de los Saauedras.

58 ¶ Y que fuesse legitima esta renunciacion, patet, por auerse hecho en fauor de la inmediata

 suces-

sucessora, a quien incontinenti passò la possession ciuil, y natural en perjuyzio de todos los hijos, y sucessores del dicho don Gabriel Arias; como si muriera entonces, Add. ad Molin. lib. 4. cap. 1. num. 16. & lib. 3. cap. 2. num. 3. vers. *Cæterum*, addendum est in terminis, Dom. Larr. tom. 2. decis. 59. n. 18.

59 ¶ Ni a esto obsta dezir, que don Gabriel Arias de Saauedra, que hizo la cedula de transaccion, no estaua impedido para suceder en estos mayorazgos quando vacaron; porque aunque era inmediato sucessor al de su padre, no auia llegado el caso; y si como podia, huviera entrado en la possession de estos mayorazgos: quando vacò el de su padre, que fue el año de 1634. ya era nacido don Gabriel el menor, que nació el año de 1632. Con que si su padre huviera entrado en los mayorazgos de los Ouandos quando vacarõ; y radicara en si la possesion ciuil, y natural, haziendo linea en su persona; aunque despues los quisiera dexar, eligiendo por muerte de su padre el de los Saauedras: no tiene duda, sino que se hallaua el mas inmediato don Gabriel su hijo, a quien deuian passar como mas inmediato sucessor; conque auiendo sido tan en su perjuyzio la transaccion que hizo su padre, parece que fue nula, & per consequens, que le compete oy la restitucion aduersus illam, y deue ser preferido, como hijo de hermano mayor a doña Beatriz.

60 ¶ Este es en la verdad el argumento mas fuerte, que se nos puede poner, y si por el huviesse de anularse la transaccion, lo qual negamos; nihilominùs no podia oy suceder don Gabriel, como ni pudo su padre, por ser inmediato sucessor, como queda dicho, a los mayorazgos de los Saauedras (lo qual no obstarà a doña Beatriz, por ser inmediata al de los Godoyes, vt inferius dicemus) porque el de los Saauedras excluye expressamète a los inmediatos sucessores de otros mayorazgos, aun antes que se les aya diferido la succesion, como consta de las fundaciones de los mayorazgos que estan en el numero 42 fol. 13. del memorial, ibi: *Otro si, quiero, que este dicho Iuan Lopez de Saauedra mi hijo, que yo primeramente llamo a este dicho mi mayorazgo,*

no

no pueda mudar el apellido, y nombre apelatiuo de Saauedra, ni el su hijo, ni otro qualquiera què este mayorazgo venga por mi llamamiento, pueda tener otro nombre apelatiuo, ni apellido, sino de Saauedra, como dicho es; y que principalmente, y sin ninguna mezcla tenga el dicho apellido, agora, è para siempre jamas, &c. Y mas adelante en el num. 51. fol. 16. dize: *El que huuiere de auer vno de los mayorazgos, ò sus descendientes, no aya, ni pueda auer el otro mayorazgo, ni los bienes del.* Y haziendo lo contrario a sus llamamientos, el fundador los priua, y aparta de la sucesion, y llama al siguiente en grado, como mas latamente consta de las fundaciones que estàn en el memorial, que empiezan à nu. 40. vsque ad 52.

61 ¶ Conque hallādose don Gabriel Arias, inmediato sucessor al mayorazgo de su padre, el año de 626. y el de 628. que vacaron los mayorazgos de los Ouandos, quedaua excluydo, si entonces los eligiera, del de los Saauedras; y assi cumpliò exactamente con esta fundacion, declarando su animo: y passò luego incontinenti la natural, y ciuil possession a Doña Antonia, su hermana q̃ se hallò inmediata, por no auer nacido don Gabriel, y a quien se le difirieron por muerte de sus abuelos.

62 ¶ Lo qual se fortifica con que en los mayorazgos de los Ouandos se halla expresso esto mismo, num. 31. del memorial, ibi: *Saluando, que no lo pueda auer el hijo mayor, successor de otro vinculo: y en este caso queremos, que aunque sea hembra la segunda hija lo herede, aunque sea el hijo mayor varon, no auiendo otro hijo mayor varon* Et ibi: *Conque por el mismo caso, ò si al contrario fuere, pierda, è aya perdido el dicho mayorazgo, è passe al siguiēte en grado, y a sus descendientes en la forma dicha.* Lo mismo consta en el memorial, nu. 29.

63 ¶ De donde nace, que aūque a su padre de don Gabriel le assistiesse la prelacion, y prerrogatiua de hijo mayor, y se hallasse desembarazado quando vacaron los mayorazgos de los Ouandos, por no auer aun sucedido en el de los Saauedras: con que le assistian las reglas de los mayorazgos, lineæ, ac sexus, de quib. Dom. Molin. lib. 3. cap. 4. nu. 13. cum sequent.

vbi eius Add.& cap.2. Et ibi Addentes, num.30. nihilominùs tamen, en el caso presente luego que vacaron los de los Ouandos, se viò don Gabriel necessitado, como inmediato al de los Saauedras, a declarar su animo, y voluntad, como lo hizo, y luego necessàriamente passaron los de los Ouandos a doña Antonia, como hija segunda, por auerse los fundadores apartado expressamente de la disposicion regular, a cuya disposicion se ha de estar, l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad S.C. Trebel. l. in condit. ff. de condit. & demonst. l. cum virum, C. de fideicom. Mier. 1. part. quæst. 58. num. 1. Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. nu. 19. Dom. Larr. decis. 54. num. 20. Y el llamamiento legal, que sin esta disposicion asistia a don Gabriel Arias, como a hijo primogenito, con ella cessò; y oy cessa èn don Gabriel de Saauedra su hijo menor, por la misma incapacidad con que se halla, y no obra efecto alguno, cum specialis prouisio hominis faciat cessare dispositionẽ legis, l. habet 15. §. cum quidam, ff. de precario, Grat. discept. forens. tom. 2. cap. 376. num. 1. Dom. Castill. lib. 5. cap. 180. num. 6.

64 ¶ Deindè, para no llamar los fundadores en el caso de ser inmediato a otro mayorazgo al hijo mayor, aduirtieron, que con el mayorazgo de su padre, en que auia de suceder quedaria bastantemente remediado; y llamaron al segundo, para que cõseruasse sus apellidos, y Armas; porque hallandole sin otro mayorazgo, ni inmediato sucessor, le llamaron al suyo, para que asi juntamente no padeciesse necessidad, como lo aduirtiò Alciato, dict. respons. 101. numer. 17. ibi: *Præterea potuit testator cogitare, quod satis deberet esse primogenito de bonis paternis; et ideò ipse secundogenito sua relinquerit.*

65 ¶ Y quando don Gabriel, menor, no le obstasse la renunciacion, y auer estado su padre impedido, le obstaria, que auiendo nacido, despues de auer passado estos mayorazgos a doña Antonia de Ouando, no pudiera anular, ni reuocar la enagenacion, por ser, como es cierto, que la sucession de los mayorazgos no puede estar in pendenti, y que vacan por la re-

nuncia-

nunciacion, como por la muerte, Add. ad Molin. lib. 3. cap. 10. num. 44. demas, que doña Antonia no fue sucessora de don Gabriel, en quien no se viò radicada la possession ciuil, ni natural destos mayorazgos; sino de don Pedro de Ouando, y doña Maria de Ouando Bezerra sus abuelos, por cuya muerte vacaron, y solo se deuiò esperar, que don Gabriel Arias declarasse su animo, como lo hizo.

66 ¶ Y mucho mas, auiendose despachado la carta executoria en esta Real Chancilleria, a fauor de doña Antonia de Ouando, madre de doña Beatriz, por el año passado de 638. como consta de el memorial, fol. 18. num. 55. litigada con don Gabriel Arias de Saauedra, padre de don Gabriel Arias, hermano de doña Antonia, padre, y abuelo de los litigantes, en que se declarò pertenecerle la sucesion a la dicha doña Antonia, por auer de suceder su hermano en el mayorazgo de los Saauedras, que tiene incompatibilidad notoria con los de los Ouandos, y fue posseedora en contraditorio juyzio.

67 ¶ Ni a esto obstarà dezir don Gabriel, menor, que la carta executoria se ganò con la sentencia de vista, y que su padre tuvo omision en no suplicar: por lo qual no deue perjudicarle. A que se respõde, que la Real Chancilleria confirmò la sentencia de el inferior, y que passò en cosa juzgada, dexãdo de suplicar, por auer reconocido los Abogados de don Gabriel era injusta su pretension; y indubitable la justicia de doña Antonia su hermana: y mientras no se halla reuocada, se ha de estar precissamente a ella, considerando el presente estado, sin atender a contingencias futuras, vt in l. non ideò minus 66. ff. de rei vindicat. vbi Acurs. plura iura adducens, verbo, *Vindicamus*, Cuiac. in recitat. solemn. ad eandem legem. libr. 2. quæst. Pauli, Anton. Fab. in rat. ibidem, & libr. 8. Codicis Fabriani, tit. 16. defin. 23. l. 3. C. de sentent. quæ sine cert. quant. latè Dom. Salgad. de Reg. protect. 4. part. cap. 12 à num. 68. Demas, que ya no puede reuocarse, argum. l. neque suam, C. quãdo prouocare non est necesse cum similibus.

 Etsi

68 ¶ Etsi ex suppositione, que por injusta, notoria omission, ò colusion que huviesse interuenido en la prosecucion de aquel pleyto, pudiesse reuocarse la sentencia de vista, auia de ser precisamente por otra de reuista, que hiziesse grado, interuiniendo suplicacion legitima (que no la à auido) alegando, y verificando en la segunda instancia, lo que en la primera se huviesse omitido, que no se ha hecho, ni ay que, l. si perlusorio, ff. de appellat. D. Molin. lib. 4. cap. 8. n. 10. & ibi Add.

69 ¶ Vlteriùs, pues aunque se intentò el juizio possessorio por don Gabriel de Saauedra, y doña Maria, se apartaron despues, reconociendo, que no podia obtener en el, vt in cap. licet de symonia, l. posqualiti, C. de pactis, Alciat. in l. & ita actio, C. de edẽdo, verbo, *Mutari*, pag. 88. Mier. 4. part. quęst. 22. numer. 97. Surd. decis. 282. num. 20.

70 ¶ Y quando oy don Gabriel no tuviesse el impedimento de inmediato sucessor al mayorazgo de los Saauedras; y que por esta causa, necessariamente es excluido de los de Pedro, y Francisco de Cuando, y sus agregados; le obsta no auer nacido, tẽpore delatæ successionis, & ita non potest aduocare eam à vero, & legitimo possessore, obtinente tunc qualitates institutione requisitas, l. si quis filio exhæredato, ff. de iniust. rupt. l. si hæres 11. ff. de optione legata, l. interuenit, ff. de leg. præst. l. Titius, ff. de suis, & legit. hæredi. Dom. Molin. lib. 3. cap. 20. num. 1. 39. & 49. vbi eius Add. Dom. Castill. lib. 5. cap. 91. nu. 16. Fus. de substitut. quæst. 318. num. 123. & quæst. 388. per totam.

71 ¶ Et rursus, porque es justo motiuo, quãdo no huuiesse otro, para la exclusiua de don Gabriel, el auer nacido mucho despues de la vacante, considerandola desde la muerte de los dos vltimos posseedores, ò desde que don Gabriel Arias declarò su animo, y voluntad, queriendo suceder en los mayorazgos de los Saauedras; Dom. Molin. lib. 3. cap. 10. Cuya opinion tiene entre otros solido fundamento en la l. 45. de Toro, sin que pueda hazerse diferencia entre el

caso

caso de muerte, y incompatibilidad: porque la vacante que por incompatibilidad se causa, se equipara en todo a la que sucede por la muerte, argum. leg. Gall. §. quid si tantum, ff. de lib. & posth. l. si necem, §. deportatus, ff. de bon. libert. ibi: *Nec impedimento est, ei talis patronus, qui mortui loco habetur*, l. 1. §. qui habebat, ff. de bon. possess. contra tabulam, l. pater filium, ff. de inoff. testam. Aneus Robert. lib. 3. rer. iudic. cap. 7. Thesaur. lib. 1. forens. quæst. 34. num. 34. latè in terminis Dom. Paz de tenut. cap. 34. à n. 11.

72 ¶ Conque in totum, y sin controuersia alguna queda excluido don Gabriel de Saauedra, menor; por la cedula de transaccion que hizo su padre, renunciando los mayorazgos de los Ouandos. Por la carta executoria que salió a fauor de doña Antonia de Ouando, madre de doña Beatriz. Por no auer nacido, tempore delatæ successionis. Y finalmente por ser su padre, y el excluidos expressamente, assi por los mayorazgos de los Saauedras, como por los de los Ouandos, que todos excluyen al que se hallare inmediato sucessor a otro al tiempo de la vacante, aunque no ayan sucedido en el que es inmediato, como lo era don Gabriel Arias de Saauedra, quando hizo la cedula, y oy lo es su hijo.

ARTICVLO III.

En que se excluye a D. Maria de Ouando de la successiõ de estos mayorazgos, y se funda el derecho que tienen a ellos los hijos de D. Beatriz, etiam in casu contrauentionis.

73 ¶ Excluido don Gabriel, concurren en doña

doña Beatriz todas las reglas de primogenitura, en que se prefiere a todos los demas sucessores, y por descendiente legitima de Pedro, y Francisco de Ouãdo, no auiendo incompatibilidad, como no la ay entre los mayorazgos que ambos hermanos fundaron, los puede posseer juntos con sus agregados, como sucessora mas inmediata; y doña Maria està excluida por ser hermana menor que doña Antonia de Ouando, madre de doña Beatriz.

74 ¶ Solo queda por ventilar, si caso negado, que los mayorazgos de Pedro, y Francisco de Ouando fuessen incompatibles; auiendo ya, como hermana mayor, doña Antonia de Ouando entrado en la possesion del mayorazgo de Pedro, quando vacò, que fue el año de 626. despues, el año de 628. vacando el de Francisco de Ouando, se le difiriò a don Gabriel Arias; hallòle impedido por inmediato al de los Saauedras, que auia eligido para si, y sin hijos, conque passò a doña Antonia, como inmediata; hallòla tambien impedida con el mayorazgo de Pedro de Ouando; conque parece le perteneciò a doña Maria de Ouando, como a segunda que era, tempore delatæ succesionis, y en quien concurrian todos los requisitos que piden los fundadores, por estar, como estaua, desembarazada, quando vacò el mayorazgo de Francisco de Ouando, por muerte de doña Maria de Ouando Bezerra su abuela, qne es el tiempo, in quo habilitas ad succedendum inspicienda est; vt ex plurib. probat Dom. Valenç. cons. 83. num. 3. ibi: *Quando enim euenit casus succedendi in Villa de Tutepeche, per mortem D. Petri Laurentij, qui possidebat eam, quod consideratur à iure ad colligendum si est habilis, qui succedere vult*, l. 2. §. in filijs, ff. de decurion. l. intercidit, ff. de condit. & demonst. l. interuenit, ff. de leg. præst. Dom. Castill. lib. 5. cap. 178. num. 2. vers. *Multum*, Dom. Larr. decis. 51. num. 32. Y assi, si fuessen incompatibles, parece, que por esta razon deuia ser excluida doña Beatriz del mayorazgo de Francisco de Ouando, y pertenecerle solo la sucession del mayorazgo de Pedro de Onando, por ser hija de D. Antonia de Ouando.

A que

75 ¶ A que se responde, sub hac eadem dispositione, que atendiẽdose, como se deue a la capacidad, y aptitud, tempore vacantis, ac delatę succesionis; nunca la tuvo doña Maria, para poder suceder en estos mayorazgos, aun quando fuessen incompatibles, que es el caso mas apretado: la razon es cierta, y clara; porque nadie negarà, que quando vacò el mayorazgo de Pedro de Ouando, el año de 626. hallò impedido a Don Gabriel Arias de Saauedra, que era el inmediato, y a quien principalmẽte se le difiriò; y por no tener entonces esta linea hijos, ni descendiẽtes, fue forçoso passasse la sucesion al siguiẽte en grado: y asi se le difiriò la possesion ciuil, y natural a D. Añtonia, como primogenita que era, quitado Don Gabriel; y en este caso, ni para la sucesion deste mayorazgo, no puede alegar doña Maria derecho alguno, ni tal intenta.

76 ¶ Despues, vacando el año de 628. el mayorazgo de Francisco, que es el que dize D. Maria le pertenece por segunda, y en que consiste todo el batallõ deste pleyto: primeramẽte se le difiriò a D. Gabriel Arias de Saauedra, hallandole impedido, y sin hijos en su linea; passò a doña Antonia, y si la cõsideramos impedida con el mayorazgo de Pedro de Ouando: passò a doña Beatriz su hija, que ya era nacida el año de 628. que es la que en este caso se deue juzgar por primogenita, y mas inmediata, respeto de doña Antonia de Ouando su madre; por cuya razon ya D. Maria de Ouãdo no se puede dezir es segunda, por tener D. Antonia a D. Beatriz su hija, a quien legitimamente se le difiriò el mayorazgo de Francisco de Ouando con el agregado de D. Maria Bezerra, por tener expresso llamamiento, como consta de la fundacion del dicho Francisco de Ouando, que està en el numero 4. fol. 2. del memorial, ibi: *Otro si, mando, que si en vida del que tuuiere los dichos mayorazgos, è qualquiera dellos, falleciere el hijo mayor que lo auia de auer despues de sus dias, dexando hijo, ò hija, nieto, ò nieta, bisnieto, ò bisnieta, suceda en los dichos mayorazgos, è en cada vno dellos, que en este caso aconteciere; y sea preferido, y se prefiera a su tio: puesto,*

que parezca el tio ser hijo mayor al tiempo de la muerte de el padre: lo qual quiero, que se guarde, y cumpla en todas las personas que ouieren de auer estos dichos mayorazgos, en quien aconteciere este caso; porque mi voluntad es, que el hijo mayor, è su linea masculina, y femenina, en defecto de la masculina, se prefiera al hijo segundo, è a su linea masculina, y femenina. Conque sin controuersia, claramente, conforme a este llamamiento se le difiriò la possesion deste dicho mayorazgo, y su agregado a doña Beatriz.

77 ¶ Et per consequens ipso facto, sucediò tambien doña Beatriz en el mayorazgo de Pedro de Ouando, por muerte de doña Antonia su madre, que lo posseia, como queda dicho, sin que a esto repugne dezir, que no pudo entrar en doña Beatriz su hija, por estar impedida con el mayorazgo de Francisco, y asi deuia passar a doña Maria de Ouando. A que se responde, que la fundacion del mayorazgo de Pedro de Ouãdo dize, que se aya de suceder en el por linea recta sucessiuamente, num. 22. del memorial, ibi: *Por linea recta successiue, &c.* vsque ad finem clausulæ, y que si entrare en hija, lo goze ella, y sus hijos, y descendientes: lo qual està expresso en el num. 31. del memorial, per totum, ni contra esto es objeccion dezir, que doña Beatriz es inmediata sucessora al mayorazgo de los Godoyes q̃ tiene su padre, porq̃ la hija no se juzga inmediata, y forçosa sucessora, como lo es el hijo varon.

78 ¶ Vndè, la doctrina que referimos arriba contra don Gabriel de ser inmediato al mayorazgo de los Saauedras, no milita contra doña Beatriz, por serlo al de los Godoyes, pues en don Gabriel es precisa la sucesion al mayorazgo de su padre, por ser primogenito varon, mas no en doña Beatriz, que siẽpre se deue juzgar contingente, y incierta, y asi se ha de atender al presente estado en que se halla, no a contingencias futuras, que pueden dexar de suceder, l. nõ ideò 66. ff. de reiuindicat. vbi Acurs. & ibi glos. verbo, *vindicamus*, Cuyac. lib. 2. quæst. Pauli ibidem, Anton. Fabr. lib. 6. tit. 1. in rat. ad eandem legem; & lib. 8. l. Fabriani, tit. 16. diffinit. 23. l. pen. C. de execut. reiuindicat. vndè, no es aplicable a estos terminos la decision

del

del texto, en la l. 1. §. quam uis, verſ. *Sed ſi ſeruus*, ff. de ventr. inſpic. vbi gloſ. verbo, *gerens*, Ioſeph Ramon conſ. 3. à num. 10.

79 ¶ Demas de que quando doña Beatriz ſe hallaſſe preciſamente ſuceſſora de ſu padre; ô de facto ſucedieſſe, no tiene la repugnancia que el mayorazgo de los Saauedras, el de los Godoyes, que no excluye al inmediato ſuceſſor ſuyo que poſſee otro mayorazgo incompatible con eſte, haſta que herede el ſuyo, y en tonces dize, que repudie ſi quiſiere, ò aquel con que ſe halla, ò eſte que hereda, paſſando el que dexare a ſu hijo, y ſino lo tuuiere, los pueda tener el poſſeedor todos juntos, haſta que tenga hijos entre quienes ſe diuidan, num. 54. fol. 18. del memorial, cō que ſi llegaſſe oy el caſo de ſuceder doña Beatriz a ſu padre, podrà dexarle paſſar a vno de ſus hijos, y retener los de los Ouandos, pues la incompatibilidad ſe cauſaua, ex retentione, cap. referente 7. de Præbend. cap. 17. eodem Seraphin. deciſ. 774. Dom. Larrea deciſ. 52. num. 5. 19. 25. & 34. Lo qual ſe prueua, cōque en los mayorazgos, vti diximus tempore ſucceſsionis habilitas conſideranda eſt, como quando vacaron los mayorazgos de los Ouandos, no hallaron a doña Beatriz con la incapacidad de ſer inmediata ſuceſſora, infallibiliter a ſu padre, que es el caſo en que ponen la excluſiua, conſiderando el principio de la exiſtencia de la condicion, ò grauamen, ex Bald. in l. precibus, C. de impub. & alijs ſubſt. num. 6. & in Auth. ſed & ſi quis, C. de ſecund. nupt. num. 6. Albano conſ. 106. num. 12. Menoch. conſ. 566. nu. 14. etiam ſi ex poſt facto non duret, l. ſi quis hæredem 76. de inſtitut. & ſubſtit. licèt ſi adeſſet præcedens inhabilitas, deberet conſiderari, ſequens attamen conſideranda non eſt, l. intercidit, ff. de condit. & demonſtrat. quia quando ex exiſtentia cauſæ alicui ius fuit quæſitum, non erit eo iure priuandus, etiam ſi cauſa defecerit, l. poſt mortem, §. 1. l. non putauit, §. ſed ſi poſt, ff. de bonor. poſ. contr. tabul. cum actus ſemèl perfectus non vitietur, etiam ſi deueniat ad caſum, à quo incipere non poſſet, l. pluribus, § etſi placet, ff. de verbor. obligat. l. vt pomum,

pomum,§.1.ff.de seruit.cap.factum legitime, de regul.iur.in 6.l.in ambiguis 86.§.non est nouum, ff. eodem, quod probat ex l.sciendum, §.vltim. ff.qui satisd.cogant. vbi si qualitas inhabilitatis á princ. non interuenit, sed posteá superuenit acquisitionẽ iuris iam delati non impedit, & ex l. si seruum, §. Prætor ait, vers. *Hæc verba*, ff.de acquirend. hæredit. vbi si filius amoueat, vel amouere faciat aliquid de hæreditate, non habet beneficium abstensionis si tamen prius se abstinuit, & posteá rem hæreditariam amoueat, non priuatur abstensione prius, & tempore legitimo facta.

80 ¶ Prueuan en terminos esta resoluciõ Gamma decis.27.per totam, nu.5.ibi: *Et ideò Emanuel de Faria, qui legatum Prædij Salinarum consequutus fuit tempore habili, non videtur illud admißiße propter superuenientem delationem maioratus sancti Ioannis: sufficit enim, quod qualitas requisita adsit tempore delationis.* Y aunque refiere algunas razones en contrario, dize, que se decidiô por esta opinion, num. 8. vers. *Cum igitur*, vsque ad finem decisionis, Mieres de maiorat. 2.part. quæst. 6. in antiqua impressione, nu.48. vers. *Infertur etiam*, ibi: *Quod si testator exclusit à maioratu filiũ primogenitũ habentẽ aliũ maioratũ, & vocauit secundogenitũ, si maioratus perueniat ad secundogenitũ tenentẽ aliũ maioratũ, mortuo vltimo poßessore, & posteá frater maior deffunctus sit absq; liberis, ob quod maioratus perueniat ad secũdogenitũ tenentem aliũ maioratum, non excluditur à tali maioratu, quia considerari debet tempus prioris succeßionis*; & in noua impræssione â num. 165. vsque ad 213. prædictam resolutionem tenet, & latè comprobat Dom. Castill. *omnino videndus*, lib. 3. cap. 15. á num. 2. vsque ad 20. vbi plura, & DD. congessit.

81 ¶ Denique, y si por ser incompatibles los mayorazgos de Pedro, y de Francisco de Ouando, que oy possee doña Beatriz, no pudiessen concurrir en su persona, que es el caso en que doña Maria de Ouando pretende le ha de pertenecer vno. Nihilominus tamen, está excluyda desta pretensiõ

por

por tener doña Beatriz quatro hijos que despues de la vista de la suplicacion han salido presentando las curadurias, como consta del memorial, nu. 172. fol. 50. *Nam vbi primo vocatus conditionibus nō paret, vel aliàs excluditur, propter contrauentionem succedit filius contrauenientis,* Tello Fernandez en la ley 27. de Toro, num. 10. Mieres 2. part. quæst. 4. illat. 8. n. 22. Matienço en la l. 11. tit. 6. lib. 5. Recopilat. glos. 4. num. 9. Dom. Castill. lib. 3. controuers. cap. 15. numer. fin. & lib. 5. cap. 178. n. 2. D. Valençuel. cons. 25. num. 47.

82 ¶ Con que hallandose oy radicada la possession ciuil, y natural destos mayorazgos en la persona de doña Beatriz, como lo estuuo en doña Antonia su madre, auiendose tenido, y posseido, quieta, y pacificamente juntos, reputandose siempre por cōpatibles: y para declarar la priuacion, es precissa interpelacion, seu Iudicis monitionem, & eius declarationem (que no á auido) vt in terminis notat Dom. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 23. vers. *Sed quamuis*, ibi: *Sed quamuis de casu de quo agimus ad priuandum quem maioratus successione iam acquisita, non difiteamur interpellationem, seù Iudicis monitionem necessariam esse*, Pater Molina disput. 615. num. 4. Mieres 3. part. quæst. 12. num. 27. Menoch. libr. 2. cons. 181. num. 6. Stephan. Gratian. discept. forens. cap. 798. á num. 10. Dom. Castill. tom. 5. cap. 110. num. 18 & cap. 115. num. 16. & 18. vers. *Verissimè.* Y mas entendiendose, como se deue entēder la priuanciō, por via de modo, pues se halla en estos mayorazgos el grauamen, y precepto subsequente a los llamamientos, vt eleganter Dom. Castillo lib. 4. cap. 55. num. 30. Alciatus in l. ea conditione, C. rescind. vend. Dom. Molina lib. 2. cap. 12. num. 4. & ibi Addentes.

83 ¶ Y asi justamente en el interim, y mientras no se declara la contrauencion, como verdadera posseedora ha percebido, y está percibiendo todos los frutos, y rentas destos mayorazgos, efecto del dominio, y possession adquirida, vt in

terminis tenent Addentes Dom. Molin. lib 2. cap. 14. num. 23. vers. fin. ibi: *Secus vero si in vim modi, de quo in vers. Sed quamuis grauamen relictum est; & differentia inter vocationem modalem, & conditionalem, quo ad fructuum restitutionem magni ponderis est; ea quoad in vltimo casu donec grauatus conditionẽ adimpleat; neq; ciuilissima possessio in eum trãsit, quare ad fructuum restitutionem tenetur, cum possessio sit fructuum percipiendorum causa ex auditis infra lib. 3. cap. 5. num. 69. in priori verò casu contra, cum grauato prius dominium, ac possessio quæritur vt supra, cap. 12. num. 4. cum seqq. actum est*; & tenet ex pluribus quos refert D. Castill. lib. 6. cap. 136. num. 79. circa finem; fol. 196; columna 2; vers. *Addiderim ego.*

84 ¶ En los terminos que se van fundando, prueua esta resolucion, D. Casti. cap. 178. n. 22. vers. *Multum itaque interest*, & vers. *Distinguendum itaque erit, & magis in specie*, cap. 180. num. 23. ibi *Quo ad alium tamen effectum est maxima differentia, & multum interest an modalis, an conditionalis sit dispositio; nam si modalis est, non impeditur successio, & adquisitio, & potest quis succedendo lineæ principium constituere, & successoribus suis, & lineæ ius ad modũ considerabile causare: tametsi adhuc institutoris volũtas præcisè seruãda sit, & maioratuũ diuisio faciẽda; ita ut in vno solo possessore maioratus duo, aut plures simul nõ concurrant.* Lo mismo prueua en el numero 24. y 26. con los siguientes; especialmente en el numero 30. ibi: *Iuxta hæc igitur, quamuis maioratus duo, aut plures, & forma institutionum incompatibiles sint, vt in vno, eodémq; successore concurrere simul non valeant, nec nominis, & armorum grauamen impleri per vnum solum; quia mixturam vterque maioratus, vel vnus non patiatur; & quoad hoc differentia non sit, an per viam modi, seu conditionis adiectum fuerit; sed perindè sit, ac si per viam conditionis impositum fuisset, non tamen erunt incompatibiles in origine, & principio adquisitionis, vbi grauamen in vim modi expressum sit, quod in dubio præsumitur, eritque magni momenti, & effectus, vt incapax quis ad succedendum non reputetur; aut pro mortuo, & tanquam si non esset non* repute-

reputetur, prout reputaretur, si in vim conditionis exprimeretur; sed potius succedere, & lineæ principium constituere, ius etiam admodum considerabile successoribus suis, & lineæ adquirere valeat.

85 ¶ De donde nace, que doña Beatriz constituyò linea para regular la succession, y que se admitan a ella, quando se declare la contrauencion, y tengan por inmediatos sus hijos: los quales excluyen a doña Maria, ex cap. 1. de natur. succes. feudi, ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit*, vt in terminis notat Dom. Molina, lib. 3. cap. 4. num. 14. & cap. 6. num. 29. Gutierr. cons. 13. num. 13. cum seqq. & lib. 13. practic. quæst. 67. à num. 17. & quæst. 68. à num. 20. Mieres 2. part. quæst. 4 illat. 8. in antiqua impressione, num. 22. & in noua â num. 308. vsque ad 320. num. 312. ibi: *Verior tamen mihi videtur opinio cum limitatione, de qua infra num. 319. quòd in isto casu competit ius successionis in maioratu filio illius, qui noluit cõditiones seruare, cum verè iste sit proximior patri, & sequens in gradu illi qui conditionibus non paruit*; porque constituida linea, como lo está en doña Beatriz, non potest fieri transitus a D. Maria, vsquedùm omnes filij eius defecisse videantur, Couarruv. in pract. cap. 38. num. 12. Dom. Molin. lib. 3 cap. 4. num. 14. & cap. 6. à nu 30. Dom. Valenç. cons. 97. n. cum seqq. D. Castill. lib. 5. cap 92. num. 35. & cap. 178. per totum, Domin. Larr. decis. 54. n. 5.

86 ¶ Solo queda por vltimo reparo satisfazer vna objeccion; y es dezir, sub hac dispositione, de que sean estos mayorazgos incompatibles, que han estado juntos en doña Beatriz en tiempo que no tenia hijos; conque parece, que naciendo post contrauentionem, no deuen admitirse al que huuiere de dexar su madre, por auerse hallado desde la vacante inmediata doña Maria, a quien oy le deue pertenecer.

87 ¶ Aque se responde, que teniẽdo, como ha tenido, y tiene justificada la possession destos mayorazgos; y caso que fuessen incõpatibles,

entrô

entrò en el de Francisco, por si heredádo a su abuela doña Maria de Ouando Bezerra, el año de seyscientos y veynte y ocho, que ya era nacida; y en el de Pedro de Ouando, heredando a doña Antonia su madre que lo posseia, y estando posseyendolos, no como incompatibles, con ciencia, y paciencia de todos los que podian mostrarse interessados, sin contradezirle la possession, y dominio en que entrò; ha sido necessário declararlos por incompatibles; y que este euidente la contrauencion con interpelacion de parte, y declaracion de Iuez, vt post relatos in terminis erudité probat Greg. Lop. in l. 7. tit. 4. part. 5. Matienç. in l. 8. tit. 7 lib. 5. Recopil. Dom. Paz de tenut. capit. 29. per totum; Domin. Valençuela consil. 69. n. 200 per tot. todo lo qual hasta oy no ha llegado: con que auiendo entrado legitimamente, y successiué Doña Beatriz en estos mayorazgos, como nunca se han tenido por incompatibles, ni hasta los terminos presentes, por esta razon, y causa no se puede dezir à auido contrauécion alguna; nace, que dummodo pro tunc non ageretur de vnius ex illis maioratus successione, no importa los posseyesse doña Beatriz juntos en tiempo que no tenia hijos; pues oy, si llegasse el caso de declararse la contrauencion, y incompatibilidad, basta los tenga, para que sea excluida doña Maria.

88 ¶ Y aunque es verdad, que no se puede negar, que en muriendo el posseedor, si el hijo mayor, a quien se le difiere el mayorazgo, se halla impedido, por posseer otro que es incompatible con este, y no tiene hijos, passa al siguiente; y aunque despues los téga, no son admitidos: lo qual latamente comprouamos en don Gabriel (que no corre en el caso presente) porque don Gabriel, que oy litiga, no se admite, por auer sido excluydo su padre, y ser forçoso sucessor de los mayorazgos de los Saauedras, que tienen notoria incompatibilidad con los de los Ouandos. Mas los hijos de D. Beatriz son legitimos sucessores destos mayorazgos,

132

gos, por ser inmediatos a su madre, que ha posseido, y possee, sin auerse declarado incompatibilidad, ni contrauencion; porque doña Beatriz heredò a doña Antonia su madre, y à su abuela que los posseyeron.

89 ¶ Vndè, porq̃ los hijos que nacen despues de diferido el mayorazgo, à morte vltimi possessoris, ò post exclusionem sui parentis, propter contrauentionem notoriam, no pueden admitirse despues, como no puede don Gabriel, ex dictis, & ex his, quæ cõtrouersa sunt apud Dom. Molin. lib. 3. cap. 16. ex ratione legis, tit. 5. Taur. ibi: *Muerto el vltimo tenedor, luego passa*, l. fin. C. communia prædior. cęterum, como en el caso presente se huuiesse de diferir la succesion de estos mayorazgos, por ventilarse oy vtrum sint incõpatibiles, declarãdolos como es necessario: y caso q̃ no pudierã concurrir juntos en D. Beatriz, deue passar el que ella dexare a vno de sus hijos, aunque ayã nacido post contrauentionem, & ante declarationem.

90 ¶ Vndè en el caso presente: *Filij post contrauentionem nati, dummodò ante declarationem iam existant, præferuntur remotioribus natis tempore contrauentionis, vt Interpretes omnes communitèr profitentur; præcipuè Dom. Molin. lib. 3. cap. 10. nu. 44. vers. Sed quamuis.* Et rationem reddit his verbis: *Quod ex eo præsertim probatur, quòd quamuis verum sit, quòd in hoc casu, dies alienationis, & dies mortis vltimi maioratus possessoris æquiparentur; id tamen sequentis successoris petitionem, atque Iudicis declarationem requirit, elegantèr Castrens. lib. 1. cons. 24. num. 8. cum seq. Fussar. quæst. 318. num. 107. Robles de Salced. de represent. lib. 2 cap. 2. num. 28. Ruin. lib. 2. cons. 22. Flores de Mena ad Gammam, decis. 27. Mart. de success. legal. 1. part. cap. 22. Peregrin. de fideicomiss. art. 22. num. 75. Costa de retrotract. lib. 2. cap. 7.*

91 ¶ Melior omnibus Aluarad. lib. 2. de coniectur. cap. 3. num. 102. in fine, vbi in hęc elegantia prorrumpit verba: *Si vero tempore alienationis rerum maioriæ, proximior Titius erat vltimo possessori; sed nascatur Sempronius, qui illum antecedit in linea, & gradu, licèt verum sit quòd hoc casu in successione maioriæ, dies alienationis, & dies mortis*

mortis æquiparentur, vt fatentur omnes, qui hac de re loquuntur: nihilominùs, quia Iudicis declaratio requiritur; postulante Titio priori loco nato, & æquitas suggerit proximior postea ante vindicationem, & declarationem istam natus, puta Sempronius admittendus est, Dom. Castill. lib. 5. c. 99. nu. 55. & alij ab eis relati.

92 ¶ Y assi, no auiendose hasta aora mouido la question sobre si los mayorazgos de los Ouandos son, ò no incompatibles; caso que se determinara la incompatibilidad, y contrauencion, parece, que omni iure le compete a vno de los hijos de doña Beatriz el mayorazgo que huuiere de dexar, licèt si aliàs antecedenter fuisset facta declaratio contrauentionis, excluderentur. porque no se puede dudar, que en ellos concurren todos los grados, y antelaciones de primogenitura, en lugar mas preeminente, que doña Maria, a quien oy in delatione maioratus, deuen ser preferidos los hijos de doña Beatriz.

93 ¶ Vndè, estando oy posseyendo Doña Beatriz de Ouando estos mayorazgos juntos como compatibles entre si, con justa possession; aun quando no la fuesse, ni le assistiesse titulo alguno, està necessitada doña Maria de Ouando a prouar concluyentemente su accion, y hazer euidente demonstracion de que ha llegado el caso de su llamamiento, y substitucion. Y no haziendolo assi, le basta a doña Beatriz estar posseyendo estos mayorazgos, pues le assiste toda la probabilidad que los DD. consideran en el posseedor de el mayorazgo; para que sea preferido a los demas descendientes: conque viene a estar a fauor de doña Beatriz la presumpcion de mejor derecho, ex iam dictis; y por ser hija de doña Antonia de Ouãdo, hermana mayor de doña Maria. ex l. res alienas possidens, C. de rei vindicat. §. commodum autem, Instit. de interdict. cum similib. & ex l. 12. cum seqq. tit. 7. libr. 5. Recop.

94 ¶ Et rursus no alegando, como no se alega, contra doña Beatriz razon alguna especial, ò con-

133

concluyente, que no militasse en el juyzio possessorio, de que se apartaron, auiendola intentado don Gabriel, y doña Maria; efectos todos qne justifican la possession de doña Beatriz, y la estan declarando cõ todas las prerrogatiuas de mejor derecho; y assi en el estado presente les obstarà su mismo hecho, y por posseedora; etiam alio iure vincendi secluso, avrà de obtener necessariamente en la propriedad Doña Beatriz, ex l. 2. ff. vti possidetis, l. 2. l. actor. 23. C. de probation. l. fin. C. de rei vindicat. l. 40. tit. 16. part. 3. l. Arrianus, ff. de act. & obligat. Dom. Castill. lib. 4 cap 23. nu. 27. cum sequent. Pinel. in l. 2. C. de rescindend. vendit. 2. part. cap. 2. num. 4. Menoch. lib. 2. præsumption. 60. à num. 2.

95 ¶ Ex quibus omnibus parece queda fundada la justicia de doña Beatriz de Ouando, para que aun quando fuessen declarados por incompatibles los mayorazgos de Pedro, y Francisco de Ouando, se determine a fauor suyo, y de sus hijos, quedando excluidos Don Gabriel de Saauedra, y Doña Maria de Ouando. Salva in omnibus V. D. C.

Doctor Don Fernando Traueda de Paz.